

المختصر^(١) على إحدى (*) الصور الثلاث التي قدّمنا ذكرها^(٢)، ومن أصحابنا من قال : له الرجوع^(٣) كما نقله المزني ؛ لأنه يقول للغائب : أنا وإن

==

كشف الظنون ٤٠٠/١.

(١) المَخْتَصَر : هو مختصر المزني ، وهو أحد كتب الشافعية، له مكانة عالية لديهم، فلقى عناية كبيرة في المذهب؛ لكونه جاء على القول الجديد في المذهب، وتميّز عن غيره من المختصرات بوضوح عبارته وسهولتها، وجمعه لأهمّ مسائل المذهب، مع توسُّط حجمه، وبناء عليه فقد عني به فقهاء الشافعية شرحاً وتعليقاً، ومن شروح مختصر المزني ما يلي:

- ١- شرح مختصر المزني، لأبي اسحاق المروزي، المتوفى سنة (٣٤٠) هـ.
 - ٢- شرح مختصر المزني، لأبي علي بن أبي هريرة، المتوفى سنة (٣٤٥) هـ.
 - ٣- الإفصاح شرح مختصر المزني، لأبي علي الطبري، المتوفى سنة (٣٥٠) هـ.
 - ٤- شرح مختصر المزني، لأبي حامد المروزي، المتوفى سنة (٣٦٢) هـ.
 - ٥- الحاوي الكبير شرح مختصر المزني، للماوردي، المتوفى سنة (٤٥٠) هـ. وغيرهم.
- انظر : طبقات الشافعية الكبرى □، للسبكي ٢/٢٠٦، ٣/١٣، طبقات الشافعية، لابن هداية الله ص ٦٧، وفيات الأعيان ١/٢٧، ٦٩، ٢/٧٥، هداية العارفين ١/٢٧٠، الحاوي الكبير ١/٧، كشف الظنون ٢/١٦٣٥، الفهرست ص ٢٩٩، المذهب عند الشافعية، لمحمد الطيب اليوسف ص ٥٥-٥٦، ٦٥.

(ج) : أحد .

(٣) قال العمراني رحمه الله - في البيان (٦/٣٣٦ - ٣٣٧) : «ومن قال بهذا - أي : بعدم

الرجوع بشيء - تأوّل ما نقله المزني تأويلات :

أحدها : يحتمل أن يكون الحاضر صدّق المدعي فيما ادّعاه، غير أن المدّعي قال: وأنا أقيم البيّنة أيضاً، فأقامها، فيرجع هاهنا؛ لأنه ليس فيه تكذيب البيّنة.

الثاني : أن يكون الحاضر لم يقرّ، ولم ينكر، بل سكت، فأقام عليه المدعي البيّنة، فليس فيه تكذيب.

الثالث : أن يكون الحاضر أنكر شراء نفسه، ولم يتعرّض لشراء شريكه، فقامت عليه البيّنة.

أَنكَرْتُ وَكَذَّبْتُ الْمُدَّعِي، فَقَدْ أَبْطَلَ قَوْلِي بِالْبَيِّنَةِ وَالزَّمُونِي الْمَال، فَصَارَ الْحُكْمُ
لِلْبَيِّنَةِ، وَصَارَ كَمَا لَوْ اشْتَرَى شَيْئًا ❶ مِنْ إِنْسَانٍ وَقَبْضَهُ، وَتَسَلَّمَ الثَّمَنَ، ثُمَّ
جَاءَ إِنْسَانٌ وَادَّعَى الْإِسْتِحْقَاقَ، فَأَنْكَرَ، فَقَالَ: الْمَلِكُ لِي، وَقَدْ كَانَ لِبَائِعِي
إِلَى ❷ أَنْ قَدْ ❸ بَاعَ مِنِّي، وَأَقَامَ الْمُدَّعِي الْبَيِّنَةَ وَانْتَزَعَ الْمِيعَ مِنْ يَدِهِ، لَهُ الرَّجُوعُ

الرابع: أن يكون الحاضر أنكر شراءه، وشراء شريكه، وضمانهما، إلا أن الحاضر لثما قامت عليه البيينة، وأخذ منه المدعي الألف ظلماً، ثبت له على الغائب خمس مائة بالبيينة، وقد أخذ المدعي من الحاضر خمس مائة ظلماً، فيكون للحاضر أن يأخذ ما ثبت للمدعي على الغائب».

وانظر: الحاوي الكبير ٤٤٨/٦، الشامل (ج ٣/١٩١ ب)، الوسيط ٢٥٧/٣، حلية العلماء ٨٨/٥، فتح العزيز ٣٩٦/١٠.

(١) إذا لم يكن وُجد من الحاضر تكذيب للبيينة، وهو قول الجمهور، وهذا هو الأصح. وهذا الوجه الثاني، قال الإمام الغزالي - رحمه الله - في الوسيط (٢٥٧/٣) في نقل المزني بالرجوع: «؛ لأنه قُطِعَ بنفي الضمان وهو فَعْلُهُ الذي ينفيه، فالرجوع مناقض له». وقال ابن خيران: يرجع وإن صرَّح بالتكذيب؛ لأن البيينة أبطلت حكم إنكاره. بمعنى: أن الحاضر يرجع على الغائب بخمس مائة وإن أنكر الشراء والضمان؛ لأنه يقول: كان عندي إشكال في ذلك، وقد كشفت هذه البيينة هذا الإشكال وأزالته.

انظر: مختصر المزني ٢٠٦/٨، الوسيط ٢٥٧/٣، حلية العلماء ٨٨/٥، التهذيب ١٨٤/٤، البيان ٣٣٦/٦ - ٣٣٧، فتح العزيز ٣٩٦/١٠ - ٣٩٧، روضة الطالبين ٢٧١/٤، أسنى المطالب ٢٥٠/٢، حاشية الجمل ٣٨٩/٣ - ٣٩٠، حاشية ابن قاسم العبادي مع الغرر البهية ١٦٣/٣.

❶ ساقط من: (م).

❷ ساقط من: (م).

❸ ساقط من: (ج).

بالثمن على البائع ، وليس له أن يقول : أنتَ أقررتَ ببطلان دعواه فليس ~~❧~~
 لك الرجوع ؛ لأن قوله قد بطل بالبيّنة وكذا هاهنا^(٢) . وتخالف هذه المسألة [١٦/ب/ج]
 مسألة الشُّفْعَة^(٣) ، (وهو إذا قال المشتري للشفيع : اشتريتُ بألف ، وقال ~~❧~~
 / البائع : بعْتُ بألفين ، وأقام البيّنة ~~❧~~ (على ذلك) ~~❧~~ ، فإن الشفيع عندنا لا
 لا يأخذ إلا ما ~~❧~~ أقرَّ به المشتري ، ولا يصير الحكم للبيّنة ؛ لأنه لا اتصال
 للدَّعْوَى ولا للبيّنة بالشفيع ، ولهذا لو أخذ الشفيع الشَّقْصَ^(٨) بالشفعة ، ثم

~~❧~~ في (م) : وليس .

(٢) انظر : نفس المراجع السابقة .

(٣) الشُّفْعَة : في اللغة : بضم الشين وإسكان الفاء ، وحكي ضمُّها ، وهي مأخوذة من الشَّفْع ،
 بمعنى : الضم على الأشهر ، وهو خلاف الوَثْر ، من شَفَعْتُ الشيء ، ضمُّتُه ، ومنه : شفَع
 الأذان ، سَمَّيتُ بذلك لضم نصيب الشريك إلى نصيبه ، أو بمعنى : التقوية أو الزيادة ، وقيل :
 من الشفاعة ؛ لأن الأخذ في الجاهلية كان بها .

وشرعاً : حقٌّ تملِّك قهري ، يَثْبُتُ للشريك القديم على الحادث ، فيما تملِّك بعوض .

انظر : لسان العرب ١٨٣/٨ ، مختار الصحاح ص ١٤٤ ، القاموس المحيط ص ٩٤٨ ،
 التعريفات ص ١٦٨ ، المصباح المنير ص ٣١٧ ، التوقيف ص ٤٣٢ ، تحرير ألفاظ التنبيه
 ص ٢١٢ ، أنيس الفقهاء ص ٢٧١ ، المطلع ص ٢٧٨ ، غريب الحديث ، لابن قتيبة ٢٠٢/١ ،
 غريب الحديث ، لابن الجوزي ٥٥٠/١ ، الغرر البهية ٢٦٥/٣ ، مغني المحتاج ٣٧١/٣ ،
 حاشية قليوبي ٤٣/٣ ، الموسوعة الفقهية ١٣٦/٢٦ ، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية
 ٣٤٠/٢ - ٣٤١ .

~~❧~~ في (ج) : العبارة مكررة .

~~❧~~ في (م) : بيّنة .

~~❧~~ ساقط من : (م) .

~~❧~~ في (م) : بما .

(٨) الشَّقْصُ : بكسر الشين : وهو القطعة من الأرض ، والطائفة من الشيء ، وهو السَّهْم
 والنصيب والشَّرْك ، والشَّقْبِصُ الشَّرِيك ، يقال : هو شقيصي أي : شريكي ، والشقيص :

وقعت المنازعة بينهما في الثمن ، وأراد ~~أن يدعي~~ على الشفيع لا تسمع دعواه عليه ، ولا ~~يظهر~~ تأثير البيّنة في حقّه ، وأما ~~ها هنا~~ للدّعوى اتصال بالغائب ؛ بدليل أنه لو كان الغائب ~~حاضراً~~ في الوقت وادّعى ~~عليه~~ ، تسمع الدّعوى ويقضى عليه بالبيّنة ، فيظهر تأثير البيّنة في حقّه ، كما في مسألة الاستحقاق ، فإن هناك لو ظهر مستحقّ قبل البيع كان يدّعي ~~عليه~~ ، وتسمع دعواه ، وبعد البيع لو ادّعى عليه قيمة العين تسمع الدّعوى ، فظهر أثر البيّنة (في حقّه) . ~~()~~

النّصيب في العين المشتركة من كلّ شيء.

انظر : لسان العرب ٤٨/٧ ، مختار الصحاح ص ١٤٤ ، القاموس المحيط ص ٨٠٢ ، المصباح المنير ص ٣١٩ ، النهاية في غريب الحديث والأثر ٤٩٠/٢ ، تحرير ألفاظ التنبيه ص ٢١٣ ، التوقيف ص ٤٣٤ ، المطلع ص ٢٧٨ ، مغني المحتاج ٣/٣٧٩ ، القاموس الفقهي ص ١٩٩ ، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية ٣٤٢/٢ .

(X) في (م) : فأراد .

(X) في (م) : فلم .

(X) في (م) : فأما .

(X) ساقط من : (ج) .

(X) في (م) : فادعى .

(X) في (م) : يتدعى .

(X) ساقط من : (ج) .

(X) ساقط من : (م) .

الباب الثالث

في ضمان العُهدَة وشَرَط الضمان في الثمن

ويشتمل الباب على فصلين :

الفصل الأول : في ضمان العُهدَة

الفصل الثاني : في حُكْم شَرَط الضمان في البيع

الفصل الأول

في ضمان العُهدَة

وفيه ثلاث عشرة مسألة:

- المسألة الأولى : حكم ضمان العُهدَة.
- المسألة الثانية : ضمان العُهدَة قبل تسليم الثمن.
- المسألة الثالثة : إذا قال: ضَمِنْتُ لَكَ خَلَاصَ حَقِّكَ.
- المسألة الرابعة : إذا ضَمِنَ العُهدَة فخرج المبيع كُلُّهُ أو بعضُهُ مُسْتَحَقًّا.
- المسألة الخامسة : إذا ضَمِنَ العُهدَة بالثمن ثم وجد المشتري بالمبيع عَيِّياً فَرَدَّهُ بِالْعَيْبِ.
- المسألة السادسة : لو ضَمِنَ العُهدَة ثم هلك المبيع قبل القبض.
- المسألة السابعة : إذا ضَمِنَ العُهدَة فَبَيَّنَ فساد العقد.
- المسألة الثامنة : إذا ضَمِنَ العُهدَة والثمن غير معيَّن.
- المسألة التاسعة : ضمان الدَّرَكِ في رأسِ مال السَّلَمِ.
- المسألة العاشرة : ضمان عُهدَة نَقْصِ البِنَاءِ وَقَلْعِ الْغِرَاسِ.
- المسألة الحادية عشرة: إذا قَالَ الرَّجُلُ: أَنَا أَغْرِفُهُ ثُمَّ خَرَجَ الْمَبِيعُ مُسْتَحَقًّا.
- المسألة الثانية عشرة : إذا قال: أَنَا ضَامِنٌ لِلثَّمَنِ إِنْ لَمْ تَكُنْ هَذِهِ الدَّنَانِيرُ مِنْ جِنْسِ حَقِّكَ.
- المسألة الثالثة عشرة : إذا ضَمِنَ ثَمَنَ جَارِيَةٍ فَخَرَجَتْ حُبْلَى □ أَوْ أُمٌّ وَلَدٍ.

الباب الثالث

في ضمان العُهدَة وشرط الضمان في الثمن

ويشتمل الباب على فصلين:

[الفصل الأول]

في ضمان العهدة^(١)

ومعنى ضمان العُهدَة : أن يشتري إنسان من آخر مالا ويخاف المشتري^(٢) أن يخرج المال مُسْتَحَقًّا ، فجاء إنسان وقال: أنا ضامن عُهدَة المبيع،

❧ في النسختين : (ج) و(م) : الثاني . وهذا خطأ ، والصحيح ما أثبتته في المتن ؛ لأن الباب الثاني قد سبق ، وهو : في حكم الرجوع .

❧ في (م) : أحدهما .
(٣) العُهدَة : من العهد ، وهو الأمان واليمين والمؤثَّق والذمة والحفاظ والوصية.

ويقال : عُهدْتُهُ على فلان أي: ما أدرك فيه من دَرَكَ فإصلاحه عليه، والعُهدَة: كتاب الحلف والشراء، واستَعَهَد من صاحبه: اشترط عليه وكتب عليه عُهدَة.

والعُهدَة في الحقيقة: عبارة عن الصَّك المكتوب فيه الثمن، ولكن الفقهاء يستعملونه في الثمن، لأنه مكتوب في العُهدَة مجازاً، تسمية للحال باسم المحل.

انظر : لسان العرب ٣/٣١١ - ٣١٢، مختار الصحاح ص١٩٢، القاموس المحيط ص٣٨٧، المغرب ص٣٣٣، المصباح المنير ص٤٣٥، التعريفات ص٢٠٤، المطلع ص٢٤٩، بحر المذهب ٨/٨٢، مغني المحتاج ٣/٢٠٣، القاموس الفقهي ص٢٦٤ - ٢٦٥، الموسوعة الفقهية ٣١/٣٦، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية ٣/٥٥١ - ٥٥٣.

❧ في (م) : ويجاب .

ومعناه : إن خرج مُسْتَحَقًّا فأنا ضامن للثمن .^(١)

سُمِّيَ ضَمَانُ الْعَهْدَةِ : لأنه التزم ما في عَهْدَةِ البائع رَدَّه بحكم دين الإسلام .

ويُسَمَّى □ هذا النوع من الضمان : ضَمَانُ الدَّرَكِ^(٢) ؛ وإنما سُمِّيَ ضَمَانُ

(١) وألفاظ ضَمَانُ الْعَهْدَةِ : أن يقول : ضَمِنْتُ عَهْدَتَهُ، أو ثَمَنَهُ، أو دَرَكَهُ، أو يقول للمشتري :

ضَمِنْتُ خِلَاصَكَ مِنْهُ، أو يقول : متى خرج المبيع مستحقًّا فقد ضَمِنْتُ لك الثمن.

انظر : شرح مختصر المزني (ج ٥/ل ١٢٤/ب)، (ج ٥/ل ١٢٥/أ)، الحاوي الكبير ٤٤١/٦،

الشامل (ج ٣/ل ١٨٨/ب)، بحر المذهب ٥٠٢/٨، حلية العلماء ٦٦/٥، التهذيب

١٧٥/٤، البيان ٣٣٨/٦ - ٣٣٩، فتح العزيز ٣٦٤/١٠، روضة الطالبين ٢٤٦/٤ -

٢٤٧، شرح مختصر التبريزي ص ٢٢٦، النجم الوهاج ٤٨٨/٤ - ٤٨٩، إخلاص الناوي

٢٣١/٢، أسنى المطالب ٢٣٨/٢، مغني المحتاج ٢٠٣/٣، الاعتناء في الفروق والاستثناء

(م/ل ١١٠/أ).

(٢) الدَّرَكُ : لغة : بفتحتين أو سكون الراء : اسم من أَدْرَكْتُ الشيء، يقال : ما لحقك من دَرَكَ

فعليَّ خلاصه، فهو لحق الشيء بالشيء ووصله إليه، وتدارك القوم : لحق آخرهم أوَّلهم.

وهو التَّبَعَةُ : أي المطالبة والمؤاخذه، وإن لم يكن له حق ثابت؛ لأن الحاجة قد تدعو إلى

معاملة الغريب، ويخاف أن يخرج ما يبيعه مستحقًّا ولا يظفر به، فاحتيج إلى التوثق به.

انظر : لسان العرب ٤١٩/١٠ وما بعدها، مختار الصحاح ص ٨٥، معجم مقاييس اللغة

ص ٣٥٢، القاموس المحيط ص ١٢١١، المصباح المنير ص ١٩٢، التعريفات ص ١٣٩،

١٨١، تحرير أَلْفَاظِ التَّنْبِيهِ ص ٢٠٤، التوقيف ص ٣٣٦، ٤٧٥، محاسن الشريعة

(م/ل ١٥٥/ب)، أسنى المطالب ٢٣٨/٢، حاشية قليوبي ٤٠٦/٢، مغني المحتاج

٢٠٢/٣ - ٢٠٣، حاشية العبادي على الغرر البهية ١٥٢/٣، مواهب الصِّمْد في حَلِّ

أَلْفَاظِ الزَّيْد، ٤١١/٢، النظم المستعذب ٢٧٧/١، المغني في الإنباء عن غريب المذهب

والأسماء، القسم الأوَّل ص ٣٦٩، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية ٧٩/٢ - ٨٠،

الموسوعة الفقهية ٣١١/٢٨.

الدَّرَك ؛ لأنه يلتزم الغرامة عند إدراك المستحق عين ماله .^(١)

وفيه ثلاث عشرة مسألة :

[٩٤] [المسألة الأولى] ❧ : [حُكْمُ ضَمَانِ الْعَهْدَةِ] :

إذا سَلَّمَ المشتري الثمن إلى البائع ، فجاء إنسان وقال : ضَمِنْتُ لك
عَهْدَةَ المبيع ودَرَكَه ، فقد نَصَّ الشافعي - (رحمه الله) ❧ - في آخر كتاب
«الإقرار» : على أن هذا الضمان صحيح^(٢) ، وهو مذهب أبي حنيفة ومالك

(١) وقد نقل الإمام الرافعي والنووي سبب تسمية ضمان العهدة والدَّرَك بهذه التسمية عن
الإمام أبي سعد المتولي -رحمهم الله- .

انظر : فتح العزيز ٣٦٤/١٠ - ٣٦٥ ، روضة الطالبين ٢٤٦/٤ ، أسنى المطالب ٢٣٨/٢ ،
النجم الوهاج ٤٨٨/٤ ، الأنوار لأعمال الأبرار ٤٦٥/١ ، مغني المحتاج ٢٠٣/٣ .

❧ في (م) : إحداها .

❧ ساقط من : (م) .

(٤) في ظاهر المذهب على الجديد والقديم ، وهو الصحيح .

انظر : الأم ٢٣٥/٣ ، ٢٣٥/٦ ، ٢٤٢ ، مختصر المزني ٢٠٦/٨ ، ٢١٣ ، شرح مختصر المزني
(ج ٥/ل ١٢٤/ب) ، الباب في الفقه الشافعي ، للمحاملي ص ٢٥٨ ، الحاوي الكبير
٤٤١/٦ ، المذهب ٣٤٢/١ ، الشامل (ج ٣/ل ١٨٨/ب) ، الإبانة (م/ل ١٤٥/أ) ، بحر
المذهب ٨٢/٨ ، الوسيط ٢٣٦/٣ ، حلية العلماء ٦٤/٥ ، التهذيب ١٧٥/٤ ، البيان
٣٣٨/٦ ، فتح العزيز ٣٦٥/١٠ ، روضة الطالبين ٢٤٦/٤ ، المطلب العالي
(ج ١٠/ل ١٥٣/أ) ، شرح مختصر التبريزي ، ص ٢٢٦ - ٢٢٧ ، مغني المحتاج ٢٠٢/٣ -
٢٠٣ ، الفتاوى الفقهية الكبرى ، لابن حجر الهيتمي ٧٩/٣ - ٨٠ ، نهاية المحتاج ٤٣٩/٤ .

- (رحمهما الله) ✕ - (٢).

وخرَّج ابن سريج للشافعي قولاً [آخر] ✕ : إنه لا يصح (٤).

(وجه طريقة ابن سريج) ✕ : أن ردَّ الثمن غير واجب على البائع حالة

✕ ساقط من : (م).

(٢) وهو أيضاً- مذهب الإمام أحمد - رحمه الله - .

انظر : تبين الحقائق ١٥٢/٤ - ١٥٣ ، بدائع الصنائع ٩/٦ ، الهداية ٢٢٥/٧ ، الإختيار ١٧٢/٢ - ١٧٣ ، العناية ٢٢٥/٧ - ٢٢٧ ، فتح القدير ٢٢٥/٧ ، مجمع الأنهر ١٤٠/٢ - ١٤١ ، العقود الدُّرَّة في تنقيح الفتاوى ✕ الحامدية ، لابن عابدين ٢٩٠/١ ، الفتاوى الهندية ، لجماعة من علماء الهند ٢٨٦/٣ - ٢٨٧ ، المدونة ١١٠/٤ ، المنتقى شرح الموطأ ، للباجي ٨٣/٦ ، حاشية العدوي على شرح الخرشي ٢٤/٦ ، الفواكه الدواني ، للنفرأوي ٩٧/٢ ، ١٥٢ ، منح الجليل شرح مختصر خليل ، للشيخ عlish ٢٠٥/٦ ، ٢٤٥ ، المغني ، لموفق الدِّين ابن قدامة ٧٧/٧ ، الشرح الكبير ، لشمس الدِّين ابن قدامة ٢٩/١٣ - ٣١ ، الفروع ٢٤٠/٤ ، الإنصاف ٢٩/١٣ - ٣٠ ، كشاف القناع ٣٦٩/٣ ، شرح منتهى الارادات ١٢٦/٢ ، مطالب أولي النهى ✕ ٣٠٣/٣ .

✕ ساقط من : (ج)، والمثبت في : (م) : واحداً، ولعلَّ الأصحَّ أن نثبت كلمة [آخر] حتى

تستقيم الجملة وكما هو موافق لكتب الشافعية .

(٤) ونسبه : القاضي أبو الطيب الطبري في شرحه لمختصر المزني (ج ٥/ل ١٢٤/ب)، وابن الصباغ في الشامل (ج ٣/ل ١٨٩/أ)، وأبو المحاسين الروياني في بحر المذهب (٨٢/٨)، والعمري في البيان (٣٣٨/٦) إلى ابن القاص أحمد بن أبي أحمد الطبري - رحمهم الله - .

وانظر : الحاوي الكبير ٤٤١/٦ ، المهذب ٣٤٢/١ ، الوسيط ٢٣٦/٣ ، حلية العلماء ٦٤/٥ ، التهذيب ١٧٥/٤ ، فتح العزيز ٣٦٥/١٠ ، شرح مختصر التبريزي ص ٢٢٧ ، النجم الوهاج ٤٨٨/٤ .

✕ في (ج) : ووجهه .

الضمان ، فهو في التحقيق ضمان ما لم يجب . وأيضاً ^(١) : فإنه لا يدري حالة الضمان (.....) هل / يستحق كل المبيع أو بعضه ؟ فيكون ضمان [١٧/ج] مجهول ^(٢) . وحجة ظاهر المذهب : أن بالناس حاجة في بياعاتهم إلى الوثائق ؛ وذلك لأنهم يشترون (في العادة) ^(٣) الأموال من قوم لا يعرفونهم ، ولو كلفوا ^(٤) كلفوا أن لا يشتروا إلا شيئاً ثبت عندهم أنه ملك للبائع ^(٥) حقيقة ، أدى إلى مشقة عظيمة .

والوثائق ثلاث ^(٦) : الشهادة ، والرهن ، والضمان / . وهاهنا لا يحصل [١٨/م]

^(١) ساقط من : (م) .

^(٢) هنا في (م) : عبارة (فهو في التحقيق ضمان) ، وهي مكررة؛ لذا تم حذفها لعدم فائدتها؛ ولتستقيم الجملة.

^(٣) ساقط من : (ج) .

^(٤) انظر : نفس المراجع السابقة.

وقد نقل عن ابن سريج أنه قال : لا يضمن درك المبيع إلا أحق . وحكى عن شريح أنه قال : لا يضمن الخلاص إلا أحق .

وهو قول الشافعي - رحمه الله - : لا يَدْخُلُ في الوصية إلا أحق أو لص ، وأراد به الغالب في الناس .

انظر : الشامل (ج ٣/١٨٩ أ) ، بحر المذهب ٨/٨٣ ، البيان ٦/٣٣٩ ، مغني المحتاج ٣/٢٠٤ ، تكملة المجموع ، للمطبعي ١٣/١٤٧ .

^(٥) ساقط من : (م) .

^(٦) في (م) : كلفوهم .

^(٧) في (م) : البائع .

^(٨) انظر : شرح مختصر المزني (ج ٥/١٢٤ ب) ، الشامل (ج ٣/١٨٩ أ) ، بحر المذهب

٨٢/٨ ، البيان ٦/٣٣٨ ، مغني المحتاج ٣/٢٠٢ - ٢٠٣ ، المغني ، لموفق الدين ابن قدامة

٧/٧٧ ، الشرح الكبير ، لشمس الدين ابن قدامة ١٣/٣٠ ، كشف القناع ٣/٣٦٩ ، المبدع

٤/٢٥٥ .

التوثيق بالشهادة ؛ لأن الشاهد ليس يمكن استيفاء الحق منه ، ولا يمكن توثيقه ~~(م)~~ بالرهن ؛ لأن فيه إضراراً بالبائع من حيث إنه يصير محجوراً عن التصرف في ملكه والانتفاع به على حسب اختياره لا إلى غاية ، فلا ~~(م)~~ يكون له قدرة على تخلص ملكه ، فجوزنا الضمان للحاجة ، وليس يشبه ~~(م)~~ ضمان ما لم يجب ؛ لأن هناك لا شيء بالمبايعة والمداينة من (حيث يعدون الحق) ~~(م)~~ واجباً وقت الضمان ، وهاهنا إذا ظهر الاستحقاق تبين أن ردّ الثمن ~~(م)~~ كان واجباً عليه وقت الضمان^(٦) ، فيكون ضامناً لحق واجب ، وليس يشبه ضمان ضمان المجهول ؛ لأن جملة الثمن معلومة ، وإن ~~(م)~~ خرج البعض مستحقاً فهو بعض ما ضمنه ، فلا يكون في الجهالة غرر^(٨) . ولهذا لو ~~(م)~~ صححنا البيع في

~~(م)~~ في (ج) : الوثيقة .

~~(م)~~ في (م) : ولا .

~~(م)~~ في (م) : له .

~~(م)~~ في (م) : يعدلون للحق .

~~(م)~~ في (ج) : الحق .

(٦) إلا أننا كنا لا نعرفه؛ ولأنه استئناف للحق، فلا يكون ضامناً قبل الوجوب.

انظر : الحاوي الكبير ٦/٤٤١ ، بحر المذهب ٨/٨٢ ، التهذيب ٤/١٧٥ ، البيان ٦/٣٣٨ ،

فتح العزيز ١٠/٣٦٥ ، شرح جلال الدين المحلي ٢/٤٠٦ ، مغني المحتاج ٣/٢٠٣ .

~~(م)~~ في (م) : فإن .

(٨) فإنه لا يمكن أن يجعل القدر الذي يستحق معلوماً، فعفي عن الجهالة فيه، كما عفي عن

الجهل بأساس الحيطان، ويخالف ضمان المجهول؛ لأنه يمكنه أن يعلم قدر الدين ثم يضمنه.

انظر : بدائع الصنائع ٦/٩ ، الحاوي الكبير ٦/٤٤١ ، المذهب ١/٣٤٢ ، بحر المذهب

٨/٨٢ ، البيان ٦/٣٣٨ ، المغني ، لموفق الدين ابن قدامة ٧/٧٧ ، الشرح الكبير ، لشمس

الدين ابن قدامة ١٣/٣٠ - ٣١ .

~~(م)~~ ساقط من : (م) .

في القدر المملوك إذا خرج البعض مُسْتَحَقًّا لَصَحَّ ^(٤) ، ولا يقال : هذا يبيع مال ^(٥) مجهول بعوض مجهول ، بل يقال : العقد ورد على جملة المبيع بجميع الثمن ، (وإن ظهر البعض عند مملوك فقد بقي في المملوك ، فكذا ^(٦)) هاهنا ^(٧) .

[٩٥] فرع : [شَرُطُ صحةِ ضمانِ العُهدَةِ: أن يكون قَدْرُ الثمن معلوماً

للضامن:] :

إذا ثبت بظاهر المذهب: أن الضمان صحيح، فالشرط أن يكون قدر الثمن معلوماً له، فإن كان لا يعلم قدر الثمن، فالحكم في الضمان كالحكم في المُرَابَحَةِ ^(٨) إذا ^(٩) قال : بَعُثْتُك بما اشتريْتُ به ^(١٠) وريح ^(١١) كذا ، وهو لا

^(١٢) في (م) : لصَحَّتْ .

^(١٣) ساقط من : (م) .

^(١٤) في (م) : فإن ظهر البعض عضو مملوكه بعد في المملوك بالخصه كذا

(٤) انظر : نفس المراجع السابقة.

(٥) المُرَابَحَةُ: في اللغة : مفاعلة من الرِّيح ، ويسند الفعل إلى التجارة مجازاً، فيقال: رِيحَتْ

تجارته: فهي رابحة، وريح في تجارته: إذا أَفْضَلَ فيها، وبعته المتاع واشتريته منه مُرَابَحَةً، إذا سَمَّيْتَ لكل قَدْرٍ من الثمن رِيحاً.

واصطلاحاً : هي الزيادة على رأس المال.

وعُبرَ عنها بأنها : يبيع بمثل الثمن، أو ما قام عليه به، مع ربح مُوزَّعٍ على الأجزاء.

انظر : لسان العرب ٤٤٢/٢ - ٤٤٣ ، مختار الصحاح ص ٩٧ ، المصباح المنير ص ٢١٥ ،

المغرب ص ١٨٠ ، شرح حدود ابن عرفة ص ٢٨٣ - ٢٨٤ ، أنيس الفقهاء ص ٢١٤ ،

يعرف ~~✗~~ قدر الثمن .

ووجه المقاربة ~~✗~~ في الموضوعين : يلزم قدر الثمن ويمكن الرجوع .^(٦)

[٩٦] [المسألة الثانية] ~~✗~~ : [ضمان العُهدَة قبل تسليم الثمن] :

إذا ضمن بالعهدَة ~~✗~~ قبل تسليم الثمن ، ثم سلّم / الثمن بعد ذلك ، [١٧/ب/ج]
فالمذهب : أن الضمان غير صحيح^(٦) ؛ لأنه إذا خرج المبيع ~~✗~~ مُسْتَحَقًّا

التوقيف ص ٦٤٧ ، التعريفات ص ٢٦٦ ، أسنى المطالب ٩٢/٢ ، حاشية الجمل ١٧٧/٣ ،
مغني المحتاج ٤٧٤/٢ ، حاشيتي قليوبي وعميرة ٢٧٣/٢ ، الموسوعة الفقهية ٣٦/٣١٨ ،
معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية ٣/٢٥٣ - ٢٥٤ .

~~✗~~ في (م) : فلو .

~~✗~~ ساقط من : (ج) .

~~✗~~ في (م) : ويربح .

~~✗~~ في (م) : يعلم .

~~✗~~ في (م) : المقارنة .

(٦) انظر : فتح العزيز ٣٦٧/١٠ ، روضة الطالبين ٢٤٧/٤ ، النجم الوهاج ٤٨٨/٤ ، مغني
المحتاج ٢٠٣/٣ ، حاشية قليوبي ٤٠٦/٢ ، تحفة المحتاج ٢٤٨/٥ ، تكملة المجموع ، للمطيعي
١٤٩/١٣ .

~~✗~~ في (م) : الثامنة . وهو خطأ .

~~✗~~ في (م) : العُهدَة .

(٩) وهو الأصح ، ولم يذكر ابن الصباغ - رحمه الله - غيره ؛ ولأنّه يضمن ما دخل في ضمان
البائع ، وقبل القبض لم يدخل في ضمانه .

انظر : المهذب ٣٤٢/١ ، الشامل (ج ٣/١٨٨/ب) ، بحر المذهب ٨٢/٨ ، الوسيط

تبين ~~✗~~ أن ردّ الثمن كان واجباً يوم الضمان ، فيكون في الحقيقة ضماناً قبل
الوجوب ، وقيل : فيه وجه آخر : أن الضمان صحيح^(٣) ؛ لأن هذا النوع من
الضمان إنما جُوزَ / لأجل الحاجة ، والحاجة تدعو إلى تجويزه في هذه ~~✗~~ الحالة ؛
لأن المشتري ربما ~~✗~~ لا يطيب قلبه بتسليم الثمن إلا بعد الاستيثاق منه، وربما لو [١٨/ب/م]
سَلَّم الثمن قبل الضمان امتنع ~~✗~~ البائع من ~~✗~~ الإتيان بكفيل يضمن العُهدَة ، (
ومثل هذه الحالة يجوز) ~~✗~~ شَرَط الضمان والرهن في عقد البيع^(٩).

٢٣٦/٣، حلية العلماء ٦٥/٥، التهذيب ١٧٥/٤، البيان ٣٣٩/٦، فتح العزيز
٣٦٥/١٠، روضة الطالبين ٢٤٦/٤، المطلب العالي (ج ١٠/ل ١٥٣/أ)، مغني المحتاج
٢٠٣/٣، شرح جلال الدين المحلي ومعه حاشية قليوبي ٤٠٦/٢.

~~✗~~ ساقط من : (م) .

~~✗~~ في (م) : لا يتبين .

(٣) نسبه: أبو المحاسن الروياني - رحمه الله - في بحر المذهب (٨٢/٨) : إلى بعض الأصحاب

بخراسان، ثم قال عنه «وليس بشيء»؛ ولأنه وجد سبب الضمان، وهو المبيع.

انظر : المهذب ٣٤٢/١، الوسيط ٢٣٦/٣، حلية العلماء ٦٥/٥، التهذيب ١٧٥/٤،

البيان ٣٣٩/٦، فتح العزيز ٣٦٥/١٠، روضة الطالبين ٢٤٦/٤، شرح جلال الدين المحلي

٤٠٦/٢ - ٤٠٧، عجالة المحتاج ٨١٨/٢.

~~✗~~ ساقط من : (م) .

~~✗~~ ساقط من : (ج) .

~~✗~~ في (م) : لمنع .

~~✗~~ في (م) : عن .

~~✗~~ في (م) : لمثل هذه الحاجة جوز .

(٩) انظر : نفس المراجع السابقة.

[٩٧] [المسألة] الثالثة : [إذا قال : ضَمِنْتُ لَكَ خَلَاصَ حَقِّكَ]

إذا قال : ضَمِنْتُ لَكَ خَلَاصَ حَقِّكَ ، وأراد ~~✗~~ به : أنه إن خرج المبيع مُسْتَحَقًّا حصل ~~✗~~ الملك لك ~~✗~~ بأحد أسباب الملك ، وسَلَّمْتَهُ ~~✗~~ إليك ليحصل ~~✗~~ لك . فهذا الضمان فاسد^(٦) ؛ لأنه ضمن على ما لا قدرة له عليه ، عليه ، من حيث إن التملك (موقوف على رأي المالك) ~~✗~~ ، وربما لا يرغب المالك في إزالة الملك عنه . وأيضا : فإن الضمان عقد يختصُّ بالديون ولا ينعقد على الأعيان ؛ ولهذا لو قال لإنسان : ضَمِنْتُ لَكَ تحصيل هذا المال ، لم يصح . وإن كان مراده : أخلَّص لك الثمن الذي بذلت ، فهذا ~~✗~~ ضمان العُهدَة ، والحكم فيه على ما ذكرنا .^(٩)

~~✗~~ في (م) : فأراد .

~~✗~~ في (ج) : حصلت . وما أثبتته أنسب كما في نسخة (م) .

~~✗~~ في (م) : فيه .

~~✗~~ في (م) : وأسلمه .

~~✗~~ في (م) : ليخلص .

(٦) لأنه لا يستقل بتخليصه إذا استحق .

انظر : الشامل (ج٣/ل١٨٩/أ) ، بحر المذهب ٨/٨٣ ، البيان ٦/٣٣٩ ، فتح العزيز

١٠/٣٦٦ ، روضة الطالبين ٤/٢٤٧ ، النجم الوهاج ٤/٤٨٩ ، فتح الجواد ١/٤٩٧ ، مغني

المحتاج ٣/٢٠٣ ، الأنوار لأعمال الأبرار ١/٤٦٥ ، حاشية الشرواني ٥/٢٤٨ - ٢٤٩ ،

الاعتناء في الفروق والاستثناء (م/ل١١٠/أ) .

~~✗~~ في (ج) : إلي رأي المالك موقوف .

~~✗~~ في (م) : هذا .

(٩) بأنه ضمان صحيح ، وهو مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية

والحنابلة ، كما سبق بحثه في المسألة الأولى رقم (٩٤) ، صفحة (٣٨٣) .

[٩٨] فرع : [إذا شَرَطَ في البيع ضامناً يضمنُ له الخلاص، أو العُهدَةُ والخلاصَ]:

إذا شرط في البيع ضامناً يضمن له خلاص الملك في المبيع له، فالبيع باطل^(١)، (وإن شرط ضامناً يضمن العُهدَةُ والخلاص، فالبيع باطل) ✖، (وإن شرط ضامناً يضمن العُهدَةُ والخلاص بعد العقد لم يصح الضمان)^(٢)؛ لأن العقد وقع على التردّد^(٣). وأما إن قال : ضَمِنْتُ لَكَ خلاص الملك في المبيع والعُهدَةُ، فضمان الخلاص باطل^(٤)، وضمان العُهدَةُ يبني على تفريق

(١) لأنه شرط فاسد.

انظر : شرح مختصر المزني (ج٥/ل١٢٥/أ)، الحاوي الكبير ٦/٤٤١ - ٤٤٢، الشامل (ج٣/ل١٨٩/أ)، بحر المذهب ٨/٨٣، البيان ٦/٣٤٠، فتح العزيز ١٠/٣٦٧، روضة الطالبين ٤/٢٤٧، أسنى المطالب ٢/٢٣٨، مغني المحتاج ٣/٢٠٣.

✖ ساقط من : (م).

(٢) في (م) : وإن ضمن بعد العقد الخلاص أو العهدة لم يضمن الضمان .

(٤) قال أبو المحاسن الروياني في بحر المذهب (٨/٨٣) : «إذا ضمن خلاص المبيع وقلنا: لا يجوز، فإن كان هذا في البيع فسد البيع، لأنه شرط فاسد، وكذلك إذا شرطه في مدّة الخيار، فسد البيع، وإن شرطه بعد لزوم البيع، لم يصح الضمان، ولم يؤثر في البيع».

(٥) ولم يؤثر في العقد. وهل يبطل ضمان العُهدَةُ؟ فيه قولان، بناءً على القولين في تفريق الصفقة، وقد صحح الإمام زكريا الأنصاري والشريبي -رحمهما الله- ضمان العُهدَةُ تفريقاً للصفقة.

انظر : شرح مختصر المزني (ج٥/ل١٢٥/أ)، الحاوي الكبير ٦/٤٤١ - ٤٤٢، الشامل (ج٣/ل١٨٩/أ)، بحر المذهب ٨/٨٣، البيان ٦/٣٤٠، فتح العزيز ١٠/٣٦٧، روضة الطالبين ٤/٢٤٧، أسنى المطالب ٢/٢٣٨، مغني المحتاج ١/٢٠٣، حاشية الشرواني

الصَّفَقَةُ (١)

٢٤٩/٥، الاعتناء في الفروق والاستثناء (م/ل ١١٠/أ).

(١) تفريق الصَّفَقَةِ :

معنى التفريق : اختلافها صحةً بالنسبة لشيء، وفساداً بالنسبة لآخر، ابتداءً أو دواماً، والتفريق في اختلاف الأحكام معناه: أن يُعطى كلُّ عقد من المختلفين حكماً يخصه ولا يوجد في الآخر.

والصَّفَقَةُ في اللغة : من الصَّفَق، وهو الضربُ الذي يسمع له صوت، وكذا التَّصْفِيقُ، ومنه التَّصْفِيقُ باليد، وهو التَّصْوِيتُ بها، وصَفَّقَ له بالبيع والبَيْعَةُ أي: ضرب يده على يده، ويقال: رَجَحْتُ صَفَقَتَكَ، وصَفَقَةً رَاجِحَةً، وصَفَقَةً خَاسِرَةً، وصَفَّقَ الباب: رَدَّه وَأَصَفَّقَهُ أيضاً. قال الإمام النووي -رحمه الله- في المجموع (٢٨٣/٩): «الصَّفَقَةُ: هي عقد البيع؛ لأنه كان عادتهم أن يضرب كلُّ واحدٍ من المتعاقدين يده على يد صاحبه، عند تمام العقد». وتفريق الصَّفَقَةِ اصطلاحاً : أن يبيع ما يجوز بيعه وما لا يجوز بيعه صَفَقَةً واحدة، بضمن واحد. وهو ثلاثة أقسام:-

لأنه إما في الابتداء، أو في الانتهاء، أي: الدَّوام، أو في اختلاف الأحكام. القسم الأول : لو باع في صَفَقَةٍ واحدة حلاً وحُرْماً، كأن باع مذكاةً ومَيْتَةً، أو خلأً وخمراً، أو شاةً وخنزيراً، أو عبده وحُرّاً، أو عبده وعَبْدَ غيره، صح البيع في ملكه من الخلِّ والمذكاة والشاة وعبده، وبطل في غيره في الأظهر والأصح. هذا الوجه الأول.

والوجه الثاني : يبطل فيهما، وفي عُلْتِه وجهان: أحدهما: الجمع بين حلال وحرام، وهو الصحيح؛ لما روي عن ابن مسعود -رضي الله عنه- أنه قال: «ما اجتمع الحرام والحلال إلا غلب الحرام على الحلال»، أخرجه البيهقي في السنن الكبرى []، في باب: الزنا لا يحرم الحلال (١٦٩/٧)، برقم (١٣٧٤٧): وقال: «فإنما رواه جابر الجعفي عن الشعبي عن ابن مسعود، وجابر الجعفي ضعيف، والشعبي عن ابن مسعود منقطع، وإنما رواه غيره بمعناه عن الشعبي من قوله غير مرفوع إلى عبد الله بن مسعود».

==

وأخرجه عبدالرزاق في مصنفه، باب: الرجل يزني بأمرأته وابنتها وأختها، (١٩٩/٧)،

برقم (١٢٧٧٢).

قال ابن حجر العسقلاني - رحمه الله - في الدراية في تخريج أحاديث الهداية: (٢/٢٥٤): «وهو حديث يجري على الألسنة، ولم أجده مرفوعاً، إلا أن عند عبدالرزاق، أخبرنا الثوري عن جابر عن... وهو ضعيف منقطع».

وانظر الكلام عنه في : فيض القدير (٦/٤٤٧)، كشف الخفاء (٢/٢٣٦)، الفتح السماوي (٢/٤٧٣ - ٤٧٤)، تذكرة المحتاج (ص ٨٣ - ٨٤)، نصب الراية (٦/٢٥٥).

والوجه الثاني : جهالة العوض الذي يقابل الحلال.

وبهذا يعرف المقصود من عبارة يتردد ذكرها عند الشافعية وهي: «قَوْلًا تفريق الصفقة» الأشهر عند الشافعية: أنها تُفَرَّقُ الصَّفَقَةُ، فيبطل البيع فيما لا يجوز، ويصح فيما يجوز؛ لأنه ليس إبطاله فيهما بأوّل من تصحيحه فيهما، والقول الثاني: أن الصفقة لا تُفَرَّقُ فيبطل العقد فيهما.

القسم الثاني : لو باع عَبْدِيهِ مثلاً، فتلف أحدهما قبل قبضه، انفسخ البيع فيه، ولم ينفسخ في الآخر على المذهب، وإن لم يقبضه، بل يتخير المشتري بين الفسخ والإجازة، فإن أجاز فبالخصّة من المسمّى، باعتبار قيمتها؛ لأن الثمن قد تَوَزَّعَ عليهما في الابتداء، والقَسْمُ عليهما، فلا يتغيّر بهلاك أحدهما.

القسم الثالث : لو جمع في صفقة مختلفي الحكم، كإجارة وبيع، كأن يقول: أَجَرْتُكَ داري شهراً، وبِعْتُكَ ثوبي هذا بدينار، أو إجارة وسَلَمَ، كأن يقول: أَجَرْتُكَ داري شهراً، وبِعْتُكَ صاع قَمْحٍ في ذمتي سَلَمًا بكذا، صحّا في الأظهر، ويوزّع المسمّى على قيمتهما، أي: قيمة المؤجر من حيث الأجرة، وقيمة المبيع أو المسلّم فيه، ووجه الاختلاف بين البيع والإجارة: اشتراط التأقيت فيها، وهو مبطل للبيع، والإجارة تنفسخ بالتلف بعد القبض دونه، والاختلاف بين الإجارة والسَلَمَ: اشتراط قبض العوض في المجلس في السَلَمَ دونها.

والوجه الثاني : ييطان؛ لأنه قد يعرض لاختلاف حكمهما باختلاف أسباب الفسخ، والانساخ ما يقتضي فسخ أحدهما فيحتاج إلى التوزيع، ويلزم الجهل عند العقد بما يخصّ كلا منهما من العوض، وذلك محذور.

انظر : لسان العرب ١٠/٢٠٠، مختار الصحاح ص ١٥٣، القاموس المحيط ص ١١٦٣،

[٩٩] [المسألة] الرابعة : [إذا ضَمِنَ الْعَهْدَةُ فخرج المبيع كله أو بعضه

مُسْتَحَقًّا :

إذا ضمن العهدُ فخرج جميع المبيع مُسْتَحَقًّا^(١) ، طالب به الضامن ✕ إن شاء ، وإن شاء طالب البائع^(٢) ، وإن خرج البعض مُسْتَحَقًّا ، فإن قلنا : " نَقَّة لَا تُفَرَّقُ ، حَكَمْنَا بِفَسَادِ الْعَقْدِ فِي الْكُلِّ " . وإن قلنا : الصَّفَقَةُ تُفَرَّقُ ✕
 =
 إذا ان المشتري فسخ العقد ، فله أن يطالب الضامن بما يقابل ✕ القدر المستحق

غريب الحديث ، للخطابي ٣١٨/٢ ، التعريفات ص ١٧٥ ، الفائق ١١٥/٢ ، ٤٤/٤ ،
 الحدود الأنيفة ص ٧٤ ، المصباح المنير ص ٣٤٣ ، المطلع ص ٢٣٢ ، المذهب ٢٦٩/١ ،
 حاشية الجمل ٩٤/٣ ، المجموع ٩٤/٩ - ٤٦٩ ، شرح جلال الدين المحلي مع حاشيتي
 قليوبي وعميرة ٢٣١/٢ - ٢٣٣ ، أسنى المطالب ٤٢/٢ ، الأشباه والنظائر ، للسيوطي
 ص ١٠٥ - ١٠٩ ، تحفة المحتاج مع حاشيتي ابن قاسم العبادي والشرواني ٣٢٣/٤ - ٣٢٥ ،
 مغني المحتاج ٣٩٦/٢ - ٤٠٠ ، غاية المحتاج مع حاشيتي الشيرازي والرشدي ٤٧٧/٣ ،
 الفقه الإسلامي وأدلته ، للزحيلي ٣٦٦/٤ - ٣٧١ ، القاموس الفقهي ص ٢١٣ ، الموسوعة
 الفقهية ٨٦/١٣ - ٨٨ ، ٤٢/٢٧ - ٤٣ ، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية ٣٧٢/٢ -
 ٣٧٣

(١) على المضمون له ، وقد دفع الثمن إلى البائع .

✕ في (م) : الضمان .

(٣) فإذا غرم الضامن رجع على البائع ، إن كان ضمن بإذنه .

انظر : مختصر المزني ٢٠٦/٨ ، شرح مختصر المزني (ج ٥/١٢٥/ب) ، الحاوي الكبير
 ٤٤١/٦ ، الشامل (ج ٣/١٨٩/ب) ، بحر المذهب ٨٤/٨ ، التهذيب ١٧٥/٤ ، البيان
 ٣٤٠/٦ .

✕ في (م) : تبعض .

✕ في (م) : قابل .

من المبيع ، وهل / له أن يطالبه / بالباقي؟^(١)

فيه وجهان :^(٢)

أحدهما : ليس له أن يطالبه ~~✗~~^(٣) ؛ لأن الرجوع بذلك القدر إنما يثبت لأحد أمرين : إما (أن تكون) ~~✗~~ الصفقة غير قابلة للتبويض ، (أو لوجود

(١) انظر : السلسلة في معرفة القولين والوجهين ، لعبدالله بن يوسف الجويني (م/٩١/ب) ، الحاوي الكبير ٤٤١/٦ ، المذهب ٣٤٢/١ ، الشامل (ج/١٨٩/ب) ، المعاينة في العقل (م/٥٥/ب) ، بحر المذهب ٨٤/٨ ، حلية العلماء ٦٥/٥ ، التهذيب ١٧٦/٤ ، البيان ٣٤١/٦ ، فتح العزيز ٣٦٧/١٠ - ٣٦٨ ، روضة الطالبين ٢٤٨/٤ ، أسنى المطالب ٢٣٩/٢ ، مغني المحتاج ٢٠٤/٣ .

(٢) قال الإمام البغوي - رحمه الله - في التهذيب (١٧٦/٤) : «ولو خرج نصف المبيع مُسْتَحَقًّا ، له مطالبة الضامن بنصف الثمن ، وهل يصح البيع في النصف الثاني؟ فعلى وجهين : إن قلنا : يصح ، ليس له مطالبة الضامن بالنصف الثاني ، وإن قلنا : لا يصح في النصف الثاني ، فهل له مطالبة الضامن بالنصف الثاني؟ اختلف أصحابنا فيه ، منهم من قال : فيه وجهان ، كما إذا بان العقد فاسداً ، ومنهم من قال : له مطالبة الضامن بجميع الثمن وجهاً واحداً ؛ لأن سبب بطلان العقد في النصف الثاني هو الاستحقاق ، كما في النصف الأول» .

وانظر : شرح مختصر المزني (ج/١٢٥/ب) ، بحر المذهب ٨٤/٨ ، فتح العزيز ٣٦٧/١٠ - ٣٦٨ ، روضة الطالبين ٢٤٨/٤ .

~~✗~~ في (م) : يطالب .

(٤) فيرجع به على البائع وحده دون الضامن . قال أبو المحاسن الروياني - رحمه الله - في بحر المذهب (٨٥/٨) : «وهذا أصح ؛ لأن الدَّرَكَ لحَقُّه في نصف الثمن ، وفساد البيع في النصف الآخر ليس من جهة الدَّرَك ؛ لأن الدَّرَك هو الاستحقاق ، وذاك لم يستحق» ، وانظر : شرح مختصر المزني (ج/١٢٥/ب) ، الشامل (ج/١٨٩/ب) ، المعاينة في العقل (م/٥٦/أ) .

~~✗~~ في (م) : كون .

الفسخ من المشتري) ، وهو ضمن ما يجب رده لسبب الاستحقاق .

والثاني : له أن يطالبه بجميع الثمن^(٣) ؛ لأن السبب في الرجوع هو الاستحقاق .

[١٠٠] [المسألة] الخامسة : [إذا ضَمِنَ الْعُهْدَةَ بِالْثَمَنِ ثُمَّ وَجَدَ

المشتري بالمبيع عَيْبًا، فَرَدَّهُ بِالْعَيْبِ:]

إذا ضمن العُهدَةُ بالثمن، ثم وجد المشتري بالمبيع عَيْبًا، فَرَدَّهُ بالعيب ، فإن كان العيب قد حدث في يد البائع، فليس له أن يطالب الضامن ؛ لأن

❌ في (م) : أو وجود أمرين : إما كون الصفقة غير قابلة الفسخ من المشتري .

❌ في (م) : يطالب .

(٣) ونَصَّ الإمام الرافعي والنووي -رحمهما الله- بالقطع به.

قال الإمام النووي - في روضة الطالبين (٤/٢٤٨) : «والثاني : القطع بتوجه المطالبة؛ لاستناد الفساد إلى الاستحقاق» ومثل هذا النقل عن الإمام الرافعي -رحمه الله- كما في فتح العزيز (١٠/٣٦٨).

وانظر : شرح مختصر المزني (ج٥/ل١٢٥ب)، الحاوي الكبير ٤٤١/٦، المذهب ٣٤٢/١، الشامل (ج٣/ل١٨٩ب)، المعاينة في العقل (م/ل٥٦أ)، بحر المذهب ٨٤/٨، حلية العلماء ٦٥/٥، التهذيب ١٧٦/٤، البيان ٣٤١/٦.

❌ في (م) : من .

❌ في (م) : بالبيع .

❌ في (م) : الضمان .

سبب ردّ الثمن غير مُقْتَرِنٍ بِالْعَقْدِ، ولا هو شرط فيه^(٢). وإن كان العيب ~~سبباً~~ قديماً، فوجهان^(٤) :

أحدهما : له مطالبة الضامن ؛ لأنه استحقَّ على البائع ردّ المقبوض ثَمناً ~~بأمرٍ~~ قارن العقد ، وهو فيه مفرط ، فصار كما لو خرج مُسْتَحَقّاً^(٦).

❌ في (ج) : مقول .

(٢) هذا إذا حدث العيب في يد البائع بعد العقد، أي : غير مقرون بالعقد وقال الضامن : ضَمِنْتُ لَكَ دَرَكٌ مَا يَلْحَقُكَ فِي الْمَبِيعِ، أَوْ ضَمِنْتُ لَكَ دَرَكٌ الْمَبِيعِ، وَكُلٌّ غَيَّبَ تَجَدُّهُ فِيهِ، فَقَدْ نَقَلَ الْإِمَامُ الرَّافِعِيُّ وَالنَّوَوِيُّ -رَحِمَهُمَا اللَّهُ- قَوْلَ الْإِمَامِ الْمُتَوَلَّى -رَحِمَهُ اللَّهُ- فِي التَّتَمَّةِ، فَقَالَ الْإِمَامُ النَّوَوِيُّ فِي رَوْضَةِ الطَّالِبِينَ (٤/٢٤٨) : «أما إذا حدث في يد البائع بعد العقد، ففي التَّتَمَّةِ : أنه لا يطالب الضامن بالثمن وجهاً واحداً؛ لأنه لم يكن سبب ردّ الثمن مقروناً بالعقد، ولم يكن من البائع تفريط فيه، ثم قال النووي : قُلْتُ : أصح الوجهين الْأَوَّلَيْنِ : لا يطالب».

انظر : الحاوي الكبير ٤٤١/٦، الشامل (ج٣/١٨٩ب)، بحر المذهب ٨٤/٨، التهذيب ٤/١٧٦، البيان ٦/٣٤١، فتح العزيز ١٠/٣٦٧، روضة الطالبين ٤/٢٤٨، أسنى المطالب ٢/٢٣٩.

❌ ساقط من : (ج).

(٤) هذا إذا حدث العيب بأمرٍ قارن العقد، وضمن درك المبيع، أو عهده لا غير، وكان هناك تفريط من البائع، أما إذا كان بغير تفريط من البائع، لم يرجع به عليه وعلى الضامن وهو الأخذ بالشفعة، بل يرجع بالثمن على الشفيع.

انظر : الشامل (ج٣/١٨٩ب)، بحر المذهب ٨٤/٨، التهذيب ٤/١٧٦، البيان ٦/٣٤١، فتح العزيز ١٠/٣٦٧، روضة الطالبين ٤/٢٤٨.

❌ ساقط من : (م).

(٦) أجاب الإمام أبو المحاسن الروياني -رحمه الله- في بحر المذهب (٨٤/٨) عن هذا الوجه فقال : «وهذا لا يصح، لأن الضامن إنما ضمن ما وجب، وهذا لم يكن واجباً،

ووجه التفريط : أن العيب إذا كان موجوداً حالة العقد، فهو مأمور بأن يطلع المشتري عليه ، فإذا لم يفعل كان ذلك تغيراً من جهته .

والوجه الثاني : ليس له مطالبة الضامن^(٢) ؛ لأن الملك حصل للمشتري في المبيع ، وزال ملكه عن^(٣) الثمن ، (.....)^(٤) بسبب حادث وهو الفسخ، فصار كما لو تقايلا^(٥) بعد العقد ، ويخالف الاستحقاق ؛ لأنه يمنع حصول

==

ولأن ملكه زال عنه بسبب حادث، فأشبه إذا تلف في يد البائع.

وانظر : المذهب ٣٤٢/١، حلية العلماء ٦٥/٥ - ٦٦، التهذيب ١٧٦/٤، البيان ٣٤١/٦، فتح العزيز ٣٦٧/١٠، روضة الطالبين ٢٤٨/٤.

(ج) : إذا .

وهو الأولى والأصح، كما عبّر عنه: الإمام الرافعي والنووي - رحمهما الله - .

وقد نسب: الإمام الشيرازي وابن الصباغ وأبو بكر الشاشي والعمري والرافعي وابن دقيق العيد هذا الوجه للإمام المزني وأبي العباس بن سريج - رحمهم الله - .

انظر : المذهب ٣٤٢/١، الشامل (ج ٣/١٨٩ ب)، بحر المذهب ٨٤/٨، حلية العلماء ٦٥/٥، التهذيب ١٧٦/٤، البيان ٣٤١/٦، فتح العزيز ٣٦٧/١٠، روضة الطالبين ٢٤٨/٤، تحفة اللبيب في شرح التقريب، لابن دقيق العيد ص ٢٤٥، أسنى المطالب ٢٣٩/٢.

(م) : في .

هنا في (ج) عبارة : (وإنما عاد ملكه في الثمن) وهي ساقطة من : (م)، وآثرت عدم إثباتها

في المتن، لعدم مناسبتها للنص والمعنى، ولعلها خطأ في النسخ .

(٥) الإقالة: في اللغة : هي الرّفْع والإسقاط والإزالة، يقال: قُلْتُه البيع وأقُلْتُه أي: قَسَخْتُهُ،

وأَقَالَ عَثْرَتَهُ: صَفَحَ عَنْهُ، واستقاله أي: طلب إليه أن يُقِيلَهُ.

واصطلاحاً : هي ما يقتضي رَفْعَ الْعَقْدِ الْمَالِيِّ بوجه مخصوص.

انظر : لسان العرب ٥٧٧/١١ - ٥٨٠، مختار الصحاح ص ٢٣٣، المصباح المنير

ص ٥٢١، شرح حدود ابن عرفة ص ٢٧٩ - ٢٨٠، المغرب ص ٣٩٨، النهاية في غريب

المملك للمشتري في المبيع وزوال ملكه عن الثمن ، فتبيّن أن ردّ الثمن عليه كان مُستحقّاً ، وهكذا الحكم فيما لو حدث في المبيع عيب في يده، ووجد به عيباً قديماً، فله ~~✗~~ أن يرجع على البائع بالأرض . وهل له أن يطالب الضامن به أم لا ؟ (فعلى ما ذكرنا من الوجهين) ~~✗~~ (١) .

[١٠١] [المسألة] السادسة : [لو ضَمِنَ العُهدَةُ ثم هلك المبيع قبل

القبض]

لو ضمن العُهدَةُ ثم هلك المبيع قبل القبض ، هل له أن يطالب الضامن أم

لا ؟

إن قلنا : هلاك المبيع / يرفع العقد من حينه، فالحكم فيه كالحكم فيما لو [١٩/ب/م] فسخ بالعيب^(٤) ، وإن قلنا : يرفع العقد من أصله ، فمن أصحابنا من قال:

الحديث والأثر ١٣٤/٤ ، أنيس الفقهاء ص ٢١٢ ، التوقيف ص ٨١ ، المطلع ص ٢٣٨ ، أسنى المطالب ٧٤/٢ ، حاشية الشرواني على تحفة المحتاج ٣٩٢/٤ ، القاموس الفقهي ص ٣١٢ ، الموسوعة الفقهية ٣٢٤/٥ ، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية ٢٥٦/١ - ٢٥٧ .

~~✗~~ في (م) : فهل له .

~~✗~~ في (ج) : فعلى وجهين .

(٣) كما سبق في هذه المسألة الخامسة، رقم (١٠٠)، صفحة (٣٩٧ - ٣٩٨).

(٤) فلا يطالب المشتري الضامن ولا يرجع عليه بالثمن؛ لأن الثمن رجع إليه لمعنى حادث بعد

العقد، ولم يضمن الضامن إلا الثمن عند استحقاق المبيع.

الحكم فيه كالحكم (فيما لو يضمن فساد العقد بشرط في العقد) ❌ ، وليس بصحيح ؛ لأن هناك ❌ الملك لم يحصل للمشتري ، (وهاهنا حصل الملك للمشتري) ❌ في المبيع ، وللبائع / في الثمن ، وإنما عاد ملكه في الثمن ، بعارض ، فصار الحكم في الهلاك كالحكم في العيب . (٤)

[١٠٢] [المسألة] السابعة : [إذا ضَمِنَ الْعُهُدَةُ فَتَبَيَّنَ فساد العقد]:

لو ضمن العُهدَةُ فتَبَيَّنَ فساد العقد بشرط فاسد، أو بجهالة في أحد العِوضَيْنِ، (أو فساد فيه) ❌ ، هل له أن يطالب ❌ (الضامن بالثمن أم لا ؟

وهذا القول اقتصر عليه الإمام أبو المحاسن الروياني في بحر المذهب (٨٤/٨)، والعمراي في البيان (٣٤١/٦ - ٣٤٢)، ولم يذكره غيره.
وانظر : المذهب ٣٤٢/١، التهذيب ١٧٦/٤، فتح العزيز ٣٦٧/١٠، روضة الطالبين ٣٤١/٤، أسنى المطالب ٢٣٩/٢.

❌ في (م) : فيما لو تضمن فسخ بالعيب وأن فساد العقد بشرط العقد .

❌ ساقط من : (ج) .

❌ ساقط من : (ج) .

(٤) قال الإمام البغوي - رحمه الله - في التهذيب (١٧٦/٤) : «ولو تلف المبيع قبل القبض بعد أخذ الثمن، يفسخ العقد، وهل للمشتري مطالبة الضامن بالثمن؟ إن قلنا: يفسخ العقد من حينه، فلا، كما لو ردَّ بالعيب، وإن قلنا: من أصله، فكالشرط الفاسد».

وانظر : بحر المذهب ٨٤/٨، البيان ٣٤١/٦ - ٣٤٢، فتح العزيز ٣٦٧/١٠، روضة الطالبين ٢٤٨/٤، أسنى المطالب ٢٣٩/٢.

❌ في (ج) : إفساد فيه .

❌ في (م) : يطالبه .

إن قلنا في مسألة العيب : له أن يطالبه ~~(١)~~ ، فهاهنا له ذلك . وإن قلنا في مسألة العيب : ليس له أن يطالب الضامن ^(٢) ، فوجهان :

أحدهما : له المطالبة بالثمن ^(٣) ؛ لأن الفساد يمنع زوال ملك المشتري عن الثمن ، (فتبيّن ظهور الفساد ؛ لأن ردّ ~~(٤)~~ الثمن حالة الضمان كان واجباً .

والثاني : ليس له مطالبة الضامن ^(٥) ؛ لأن المشتري هو المقرّط، حيث (لم م يسيّد العقد بقيوده ~~(٦)~~ مع القدرة عليه ، وأيضاً فإن المبيع يكون في يد المشتري، فيمكنه حبسه ليستردّ الثمن . وفي مسألة الاستحقاق، المال ينزع

~~(١)~~ ساقط من : (م) .

(٢) وهو الأولى والأصح، كما عبّر عنه الإمام الرافعي والنووي -رحمهما الله- . وقد سبق بيانه في المسألة الخامسة، رقم (١٠٠)، صفحة (٣٩٧-٣٩٨).

(٣) قال الإمام النووي -رحمه الله- في روضة الطالبين (٤/٢٤٧-٢٤٨) : «ولو بان فساد البيع بشرط أو غيره، ففي مطالبة الضامن وجهان: أحدهما: نعم، كالأستحقاق، والثاني: لا؛ للاستغناء عنه، بإمكان حبس المبيع حتى يستردّ الثمن... ثم قال: قلْتُ: أصح الوجهين الأولين: لا يطالب».

انظر : بحر المذهب ٨/٨٥، الوسيط ٣/٢٣٧، التهذيب ٤/١٧٦، البيان ٦/٣٤١، فتح العزيز ١٠/٣٦٧.

~~(٤)~~ في (م) : فتبيّن عند ظهور الفساد أن ردّ .

(٥) وهو الأولى والأصح، كما عبّر عنه: الإمام الرافعي والنووي -رحمهما الله-.

انظر : بحر المذهب ٨/٨٥، الوسيط ٣/٢٣٧، التهذيب ٤/١٧٦، البيان ٦/٣٤١، فتح العزيز ١٠/٣٦٧، روضة الطالبين ٤/٢٤٨، الفتاوى الفقهية الكبرى ٣/٧٩-٨٠، مغني المحتاج ٣/٢٠٣، نهاية المحتاج ٤/٤٣٩-٤٤٠.

~~(٦)~~ في (م) : لم ينزه العقد عمّا يفسده .

من ~~✗~~ يده بالحكم، فدعت الحاجة إلى تجويز الضمان؛ ليكون له نوع وثيقة.

[١٠٣] فرع : [لو قال: ضَمِنْتُ لَكَ الثَّمَنَ إِنْ وَجَدْتُ بِالْمِيعِ عَيْبًا

وَفَسَخْتُ]:

لو قال : ضَمِنْتُ لَكَ الثَّمَنَ إِنْ وَجَدْتُ بِالْمِيعِ عَيْبًا وَفَسَخْتُ ، فالضمان غير صحيح على ظاهر المذهب^(١) ؛ لأن وجوب ردِّ الثمن بسبب حادث وهو الفسخ ، فيكون ذلك ضماناً قبل الوجوب^(٢) . وفيه وجه آخر : أنه يصح^(٣) ؛ لأننا (إن قلنا) ~~✗~~ : وجوب ردِّ الثمن بسبب العيب كوجوب ~~✗~~ ردِّه

~~✗~~ في (م) : عن .

(٢) ونقل الإمام الرافعي - رحمه الله - في فتح العزيز (٣٦٦/١٠) هذا الوجه عن الإمام المتولي، فقال: «وذكر في التتمة: أن المذهب هو الوجه الأول - أنه لا يصح-، لكن أصحابنا العراقيين أجابوا بالثاني - أنه يصح- ورووه عن ابن سريج، ونفى صاحب البيان الخلاف فيه».

==

(٣) أي: أن الضمان سابق عليه، فيكون ضمان ما لم يجب.

انظر : بحر المذهب ٨/٨٤، الوسيط ٣/٢٣٧، البيان ٦/٣٤١، فتح العزيز ١٠/٣٦٦، روضة الطالبين ٤/٢٤٦ - ٢٤٧.

(٤) صححه الإمام النووي في روضة الطالبين (٢٤٧/٤) فقال: «أصحهما: الصحة»، وهو

قول العراقيين، ورووه عن ابن سريج - رحمه الله - ونفى صاحب البيان الخلاف فيه.

قال الإمام أبو المحاسن الروياني - رحمه الله - في بحر المذهب (٨/٨٤): «وقال ابن سريج: فإن صرح وقال: ضَمِنْتُ لَكَ كُلَّ ذَرَكٍ يَلْحَقُكَ مِنْ عَيْبٍ وَغَيْرِهِ، يرجع به عند وجود العيب على الضامن، وكذلك في أَزْشِ الْعَيْبِ»؛ ولأن الحاجة قد تمس إليه أيضاً في معاملة الغرماء ومن لا يوثق بالظفر به، كما تمس إلى الضمان بسبب الاستحقاق.

ردّه بسبب الاستحقاق على طريقه ، حتى قلنا : لو ضمن العُهدَة ثم فسخ العقد بسبب العيب ، له أن يطالب الضامن ، فيجعله في جواز / الضمان مقصوداً كالأستحقاق . وهكذا إذا ~~قال~~ (له : إن) ~~ظهر~~ فساد العقد فأنا ضامن للثمن ~~في~~ ، ففي صحة الضمان وجهان ^(٦) ، بناءً على الأصل الذي تقدّم [م/٢٠] ، وهو : إذا ضمن العُهدَة ثم تبين فساد العقد لخلل في العقد . هل له مطالبة الضامن أم لا ؟ وقد ذكرناه ~~في~~ ^(٨) .

==

[١٠٤] [المسألة] الثامنة : [إذا ضمن العُهدَة والثمن غير معيّن]:

(إذا ضمن العُهدَة والثمن غير معيّن) ^(٩) . فإن كانت العين باقية ،

وانظر: الوسيط ٢٣٧/٣ ، البيان ٣٤١/٦ ، فتح العزيز ٣٦٦/١٠ .

~~في~~ (م) : جعلنا .

~~في~~ (م) : لوجوب .

~~في~~ (م) : لو .

~~ساقط~~ من : (م) .

~~في~~ (م) : الثمن .

(٦) قال الإمام الغزالي - رحمه الله - في الوسيط (٢٣٧/٣) : « فإن قلنا : إنه يصح ضمانه

صريحاً ، ففي اندراجهِ تحت مطلق ضمان العُهدَة وجهان » .

وانظر : فتح العزيز ٣٦٦/١٠ ، روضة الطالبين ٢٤٧/٤ .

~~في~~ (م) : ذكرنا .

(٨) كما في المسألة السابعة ، رقم (١٠٢) ، صفحة (٤٠١) .

(٩) ساقط من (ج) ، ومثبت في (م) فقط . وأما المثبت في أوّل المسألة الثامنة ، رقم (١٠٤)

من النسخة (ج) من قوله : " إذا ضمن للمسلم رأس مال السِّلَم ... إلى قوله : إذا

فحكمه حكم ضمان الأعيان المضمونة^(١) وسنذكرها^(٢)، وإن كانت قد هلكت قبل ضمانه، فالضمان / صحيح^(٣)؛ لأن الواجب عند الاستحقاق ردّ [١٩/ج] القيمة، فيصير^(٤) ضامناً للقيمة.

[١٠٥] [المسألة] التاسعة : [ضمان الدرك في رأس مال السِّلَم]:

إذا ضمن للمسلم رأس المال السِّلَم إن خرج المسلم فيه مُسْتَحَقّاً، فليس

تعذر التسليم " فهو في غير موضعه المناسب، وهو مكرّر هنا خطأ. والموضع المناسب له إنما هو في المسألة التاسعة رقم (١٠٥)، كما هو مثبت أصلاً في النسختين (ج) و (م).
(١) الأعيان المضمونة: هي الأعيان التي تكون مضمونة على من هي في يده، كمغصوبة ومستعارة ومُستأمة ومبيع لم يُقبض.

انظر: مغني المحتاج ٢/٣، نهاية المحتاج ٤/٤٤٠، حاشية الشرواني ٥/٢٥٠.

في (م): وسنذكر.

(٣) كما سيأتي في المسألة السادسة، رقم (١٥١) (الكفالة برّد الأعيان المضمونة)، صفحة (٤٩٧) من الباب الرابع.

(٤) قال البغوي -رحمه الله- في التّهذيب (١٧٨/٤): «وإن ضمن قيمتها، نظر: إن ضمن بعد التلف، يجوز إن كانت معلومة، وإن ضمنها قبل التلف أو تلفت، يُبنى على أن المكفول يبدنه إذا مات، هل يجب الدّين على الكفيل؟ فيه وجهان:

إن قلنا: يجب، ههنا يصح ضمان النفقة لو تلفت، وإن قلنا: لا يجب، فلا يصح، وهو الأصح».

وانظر: المهذب ١/٣٤٤، الوسيط ٣/٢٤٢-٢٤٣، فتح العزيز ١٠/٣٧٥، روضة الطالبين ٤/٢٥٥، مغني المحتاج ٣/٢٠٤-٢٠٥، نهاية المحتاج ٤/٤٤٠-٤٤١، حاشية العبادي على تحفة المحتاج ٥/٢٥٠.

في (م): ويصير.

للضمان حكم ؛ لأن المسلّم فيه غير معيّن ~~✗~~ ، فإذا ~~✗~~ خرج المقبوض مُستحقّاً طالب ببذله ^(٣) . وأما ~~✗~~ إذا قال : ضَمِنْتُ لَكَ رَأْسَ الْمَالِ إِذَا ~~✗~~ تعذّر التسليم بالانقطاع ، فإن قلنا : الانقطاع لا يوجب انفساخ العقد، ولكن يثبت له ~~✗~~ الفسخ ، فهو كما لو ضمن الثمن إن ~~✗~~ حدث بالمبيع عيب، فالضمان فاسد ^(٨) ~~✗~~ . وإن ~~✗~~ قلنا : بالانقطاع يفسخ العقد ، فهو كما لو ضمن الثمن إن ~~✗~~ .

~~✗~~ في (م) : متعين .

~~✗~~ في (ج) : وإذا .

(٣) لأن المسلّم فيه في الذمة، والاستحقاق لا يتصوّر فيه، وإنما يتصوّر في المقبوض.
انظر : التهذيب ١٧٧/٤، البيان ٣٤٢/٦، فتح العزيز ٣٦٧/١٠، روضة الطالبين ٢٤٧/٤، تحفة المحتاج ٢٤٩/٥، فتح الجواهر ٤٩٨/١، مغني المحتاج ٢٠٤/٣.

~~✗~~ في (م) : فأما .

~~✗~~ في (م) : إن .

~~✗~~ ساقط من : (م) .

~~✗~~ في (م) : أو .

(٨) وليس له أن يطالب الضامن، وهو الأولي والأصح، وقد سبق بحث هذه المسألة، كما في المسألة الخامسة، رقم (١٠٠)، صفحة (٣٩٧ - ٣٩٨).

قال الإمام البغوي - رحمه الله - في التهذيب (١٧٧/٤) : «وذلك لا يصح ضمان رأس مال السلم أن لو انقطع المسلّم فيه؛ لأن المسلّم إليه قد ملكه، كما لا يصح ضمان الثمن لو رُدّ المبيع بالعيب، أما إذا ضمن المسلّم إليه المسلّم فيه لو خرج رأس المال مُستحقّاً، يجوز بعد تسليم المسلّم فيه، وقبل تسليمه: لا يصح على الوجهين».

وانظر : فتح العزيز ٣٦٧/١٠، روضة الطالبين ٢٤٧/٤، تحفة المحتاج ٢٤٩/٥، حاشية الشرواني ٢٤٩/٥.

~~✗~~ في (م) : وأما إذا .

إن تلف المبيع قبل القبض ، وقد ذكرناه ❌ .

[١٠٦] [المسألة] العاشرة : [ضمان عَهْدَةِ نَقْصِ الْبِنَاءِ وَقَلْعِ الْغِرَاسِ]:

لو كان المبيع أرضاً وأراد المشتري أن يبني فيها أو ❌ يغرس ، فجاء إنسان وقال ❌ : ضَمِنْتُ لك النقصان الذي يدخل عليك بنقص البناء ، وَقَلْعِ الْغِرَاسِ الْغِرَاسِ ، إن خرج المبيع مُسْتَحَقّاً ، لا يصح الضمان^(٤) ؛ لأمرين :

أحدهما : (أنه لا حقَّ الآن واجب ، ولا وجد سبب وجوبه) ❌ .

والثاني : أنه مجهول ، ولو^(١) ضمن الثمن ونقصان قَلْعِ الْغِرَاسِ ونَقْصِ

❌ في (ج) : وسنذكره، والصواب ما أثبتُّه؛ لأنه سبق ذكر الحكم في المسألة السادسة، رقم (١٠١)، صفحة (٤٠٠)، وهي : لو ضمن العَهْدَةُ ثم هلك المبيع قبل القبض، فلا يطالب المشتري الضامن، ولا يرجع عليه بالثمن.

❌ في (م) : و .

❌ في (م) : فقال .

(٤) قال العمري - رحمه الله - في البيان (٣٣٩/٦) : «قال أصحابنا: فإنَّ هذا ضمان باطل

بلا خلاف على المذهب؛ لأنه ضمان ما لم يجب، وضمان مجهول».

وهذا إذا كان قبل ظهور الاستحقاق، أو بعده وقبل القلع، فإنه لا يصح، وإن كان بعدهما، صح إن كان قدره معلوماً.

انظر : شرح مختصر المزني (ج٥/ل١٢٥/ب)، الحاوي الكبير ٤٤١/٦، الشامل (ج٣/ل١٨٩/ب)، بحر المذهب ٨٣/٨، حلية العلماء ٦٦/٥، التهذيب ١٧٧/٤، فتح العزيز ٣٩٨/١٠، روضة الطالبين ٢٤٩/٤، أسنى المطالب ٢٣٩/٢.

❌ في (م) : لأنه حقٌّ لم يجب بعد ، ولا وجد سبب حدوث وجوبه .

البناء ، فالضمان في نَقْصِ قَلْعِ البناء والغِراس باطل ، وفي رَدِّ الثمن قولاً بتفريق الصفقة^(٤) . ولو شرط في العقد ضماناً يضمن له نقصان البناء والغراس / فهو شرط فاسد^(٥) ، والحكم فيه كالحكم فيما لو شرط رهناً فاسداً في بيع^(٦) (٧) ، وقد ذكرناه^(١) .

(٦) في (م) : فلو .

(٧) ساقط من : (م) .

(٨) ساقط من : (م) .

(٩) انظر : بحر المذهب ٨/٨٣ ، التهذيب ٤/١٧٧ ، البيان ٦/٣٤٠ ، فتح العزيز ١٠/٣٩٨ ، روضة الطالبين ٤/٢٤٩ ، النجم الوهاج ٤/٤٩١ ، تحفة المحتاج ٥/٢٤٩ ، حاشية الشرواني ٥/٢٤٩ .

(١٠) قال العمراني - رحمه الله - في البيان (٦/٣٤٠) : «قال الشيخ أبو حامد: ويجيء فيه قول آخر: أنه لا يبطل البيع إذا شرط ضمان قيمة ما يحدث في الأرض، كما قلنا فيمن شرط رهناً فاسداً في البيع، والأول أصح» .

وانظر : شرح مختصر المزني (ج ٥/١٢٥ ب)، الحاوي الكبير ٦/٤٤٢ ، بحر المذهب ٨/٨٤ ، التهذيب ٤/١٧٧ ، فتح العزيز ١٠/٣٩٨ ، روضة الطالبين ٤/٢٤٩ ، مغني المحتاج ٣/٢٠٣ .

(١١) في (م) : البيع .

(١٢) بعد أن ذكر الإمام الشافعي - رحمه الله - في كتابه الأم (٣/١٦٥) بعض أنواع الرهن الفاسد، ومنها رهن المجهول، قال: «... وكان المرهن بالخيار في فسخ الرهن والبيع إن كان عليه، أو ارتحان الحق دون ما فيه، وهذا في أحد القولين. والقول الثاني: أن البيع إن كان عليه، مفسوخ بكل حال» .

قال الإمام النووي - رحمه الله - في روضة الطالبين (٣/٤٠٨) : «وإن كان -أي: الشرط الفاسد- مما يفرد بالعقد، كالرهن والكفيل، فهل يفسد البيع لفسادهما قولان: أظهرهما: يفسد، كسائر الشروط الفاسدة، والثاني: لا، كالصداق الفاسد، لا يفسد النكاح» .

وانظر: مختصر المزني ٨/١٩٦ - ١٩٩ ، المهذب ١/٣١٠ ، التنبيه ص ١٠٠ ، حلية العلماء ٥/٥٨ .

[١٠٧] [المسألة] الحادية عشرة: [إذا قال الرَّجُل: أنا أعرفه، ثم خرجالمبيع مُسْتَحَقًّا]:

إذا اشترى مالا من إنسان ثم قال المشتري للبائع : أنا لا أعرفك فَأَتَنِي بِمَنْ
يعرفك ، فجاء إليه برجل حتى قال : أنا أعرفه ، (ثم خرج) ❌ مُسْتَحَقًّا، فليس
للمشتري ❌ أن يطالب الرجل الذي قال : أنا أعرفه بالثمن ؛ لأنه لم يوجد منه
التزام .^(٤)

[١٠٨] [المسألة] الثانية عشرة : [إذا قال: أنا ضامن للثمن إن لم تكنهذه الدنانير من جنس حَقِّكَ]:

إذا جاء المشتري ليزن^(٥) الثمن للبائع، وكان قد باع بدنانير من صرف ❌

❌ في (م) : وقد ذكرنا .

❌ في (م) : فخرج .

❌ في (م) : للإنسان .

(٤) ولا تشعر بالالتزام، ومن حكم الضمان أن يكون لازماً، وصيغته هنا إنما تدلُّ على التزامه
بمعرفة فقط، فهو كضمان ما لا يلزم.

انظر : التهذيب ١٧٨/٤، البيان ٣١٤/٦، فتح العزيز ٣٨٠/١٠، روضة الطالبين

٢٦٠/٤، أسنى المطالب ٢٤٤/٢ - ٢٤٥، مغني المحتاج ٢١٣/٣، الياقوت النفيس في

مذهب ابن إدريس، ص ٩٤، إخلاص النواي ٢٣٦/٢ - ٢٣٧.

(٥) الْوَزْنُ : ثَقُلُ شَيْءٍ بِشَيْءٍ مِثْلَهُ، كَأَوْزَانِ الدَّرَاهِمِ. وَوَزَنَ الشَّيْءُ: إِذَا قَدَّرَهُ، وَكَالَهُ، وَوَزَنَ

(٢) معيّن، فلمّا جاء إليه بالدنانير، قال البائع : ليس هذا من الضَّرْبِ (٣) الذي استحقّه وادّعاه المشتري ، فجاء إنسان وقال : أنا ضامن للثمن إن لم تكن هذه

الثمن: دَفَعَهُ نَقْدًا، يقال: وَزَنَ الْمُعْطَى وَاتَّزَنَ الْآخِذُ، كما تقول: نَقَدَ الْمُعْطَى، وَانْتَقَدَ الْآخِذُ، وَالْوَزْنُ: الْمُثْقَالُ، وَالْجَمْعُ: أَوْزَانٌ.

انظر : لسان العرب ٤٤٦/١٣ وما بعدها، مختار الصحاح ص ٢٩٩، القاموس المحيط ص ١٥٩٧، المصباح المنير ص ٦٥٨، التوقيف ص ٧٢٤، المغرب ص ٤٨٤، أنيس الفقهاء ص ٢٢١، المطلع ص ١٣٤، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية ٤٧٣/٣ - ٤٧٥.

(X) في (ج) : الصَّرْفُ.

(٢) الصَّرْفُ: فِي اللُّغَةِ: رَدُّ الشَّيْءِ عَنْ وَجْهِهِ، وَالْحِيلَةُ وَالتَّوْبَةُ، وَالْعَدْلُ، وَالْفِدْيَةُ.

وَصَرَفَ الدِّرْهَمَ: بَاعَهَا بِدِرْهَمٍ أَوْ دَنَانِيرٍ، وَاصْطَرَفَهَا: اشْتَرَاهَا، وَلِلدِّرْهَمِ عَلَى الدِّرْهَمِ صَرَفٌ فِي الْجُودَةِ وَالْقِيَمَةِ، أَيْ: فَضْلٌ، وَمِنْهُ اسْمُ الْفَاعِلِ: صَرَّافٌ وَصَرِيفٌ وَصَرِيفِيٌّ. وَسُمِّيَ بِبَيْعِ الْأَثْمَانِ صَرَفًا، إِمَّا لِأَنَّ الْغَالِبَ عَلَى عَاقِدِهِ طَلَبُ الْفَضْلِ وَالزِّيَادَةِ، أَوْ لِاخْتِصَاصِ هَذَا الْعَقْدِ بِنَقْلِ كِلَا الْبَدَلَيْنِ مِنْ يَدٍ إِلَى يَدٍ، فِي مَجْلَسِ الْعَقْدِ.

وَالصَّرْفُ: اصْطِلَاحًا: هُوَ بَيْعُ الذَّهَبِ بِالْفِضَّةِ أَوْ أَحَدَهُمَا بِفُلُوسٍ.

انظر : لسان العرب ١٨٩ / ٩ وما بعدها، مختار الصحاح ص ١٥٢، القاموس المحيط ص ١٠٦٨، النهاية في غريب الحديث والأثر ٢٤/٣، غريب الحديث، لابن الجوزي ٥٨٦/١، المصباح المنير ص ٣٣٨، تحرير ألفاظ التنبيه ص ١٧٥، الفائق ٢٩٧/٢، أنيس الفقهاء ص ٢٢١، التوقيف ص ٤٥٤، المغرب ص ٢٦٦، شرح حدود ابن عرفة ص ٢٤١، نهاية المحتاج ٤٣٣/٣، الموسوعة الفقهية ٣٤٨/٢٦، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية ٣٦٥/٢ - ٣٦٦.

(٣) الضَّرْبُ: الْمِثْلُ وَالشَّكْلُ، وَالصَّنْفُ، وَالتَّنَوُّعُ، وَضَرَبَ الدِّرْهَمَ يَضْرِبُهُ ضَرْبًا: طَبَعَهُ، اعْتِبَارًا

بِضَرْبِهِ بِالْمِطْرَقَةِ، وَقِيلَ لَهُ: الطَّبْعُ، اعْتِبَارًا بِتَأْثِيرِ السَّكَّةِ فِيهِ، وَدِرْهَمٌ ضَرْبٌ: وَصَفٌ بِالمصدر.

انظر : لسان العرب ٥٤٣/١، مختار الصحاح ص ١٥٩، التوقيف ص ٤٧١، معجم لغة الفقهاء ص ٢٨٣، القاموس الفقهية ص ٢٢١، الموسوعة الفقهية ١٠٥/٢٥ - ١٠٦،

==

١٧٥/٢٨

الدنانير من جنس حَقِّكَ ، فالضمان صحيح^(١)؛ لأنه ضمن له الثمن إن لم يكن المأخوذ حقّه ، فهو كما لو ضمن العُهدّة سواء.

[١٠٩] فرع : [لو خَرَجَتْ الدنانير المقبوضة من ضَرْبٍ آخَرَ]

لو خَرَجَتْ الدنانير المقبوضة من ضَرْبٍ آخَرَ، فما لم يردها على المشتري، / ليس له أن يطالب الضامن^(٣) ، كما لو وجد بالمبيع عَيْباً ليس له [١٩/ب/ج]

(١) على الأصح، وهو المذهب، وجرى هذا مجرى ضمان الدرك، وخرج من باب ضمان المجهول وما لم يجب؛ ولأنه لما جاز ضمان الأصل، جاز ضمان الوصف.
قال الإمام الغزالي - رحمه الله - في الوسيط (٢٣٧/٣): «قال ابن سريج: صح هذا الضمان؛ تخريجاً على ضمان العُهدّة، فهذا يَقْرُبُ من مخافة العيوب، فَيَعْتَصِدُ به ذلك الوجه».

وانظر : الحاوي الكبير ٤٥٢/٦، بحر المذهب ٨٥/٨، الوجيز ٣٥٤/١، التهذيب ١٧٦/٤، البيان ٣٤٢/٦، فتح العزيز ٣٦٥/١٠، منهاج الطالبين ص ٦٢، روضة الطالبين ٢٤٦/٤، النجم الوهاج ٤٨٩/٤-٤٩٠، إخلاص الناوي ٢٣١/٢، زاد المحتاج ٢٢٥/٢-٢٢٦، مواهب الصمد ٤١١/٢، أسنى المطالب ٢٣٨/٢، مغني المحتاج ٢٠٣/٣، نهاية المحتاج ٤٤٠/٤-٤٤١.

في (ج) : صَرَفَ .

(٣) قال الإمام النووي - رحمه الله - في روضة الطالبين (٢٤٦/٤) : «وكذا ضمان رداءة الثمن إذا شكَّ البائع، هل المقبوض من النوع الذي يستحقّه؟ فإذا خرج ناقصاً أو رديئاً، طالب البائع الضامن بالنقص وبالنوع المستحقّ إذا ردَّ المقبوض على المشتري».

وانظر : الحاوي الكبير ٤٥٢/٦-٤٥٣، بحر المذهب ٨٥/٨-٨٦، التهذيب ١٧٦/٤، البيان ٣٤٢/٦، فتح العزيز ٣٦٥/١٠، روضة الطالبين ٢٤٦/٤.

أن يستردَّ الثمن ما لم يردَّ المبيع .

[١١٠] [المسألة] الثالثة عشرة: [إذا ضمن ثمن جارية فخرَّجَتْ حُبْلَى

أَوْ أُمٌّ وَلَدَ]:

إذا^(٣) اشترى جارية من إنسان ، فجاء ضامن وضمن له الثمن إن خرَّجَتْ حُبْلَى منه ، أو خرَّجَتْ أُمٌّ وَلَدَ^(٤) ، فالضمان صحيح^(٥) ؛ كما لو ضمن العُهدَة ، ووجه المقاربة : أنها^(٦) إذا ظَهَرَتْ أُمٌّ وَلَدَ، فقد بان أن رَدَّ^(٧) الثمن كان واجباً .

(م) : يستردّ .

(٢) انظر المسألة الخامسة، رقم (١٠٠)، صفحة (٣٩٧)، وهي: إذا ضمن العُهدَة بالثمن ثم وجد المشتري بالمبيع غيباً فردّه بالعيب.

(ج) : ساقط من .

(٤) أُمٌّ وَلَدَ: هي الأُمّة التي وَلَدَتْ مِنْ سَيِّدِهَا فِي مِلْكِهِ، وَقِيلَ: هي الأُمّة التي حَمَلَتْ مِنْ سَيِّدِهَا الْحَرَّ، وَتَصِيرُ الْأُمّةُ بِالْوِلَادَةِ مُسْتَوِلِدَةً، تُعْتَقُ بِمَوْتِهِ، وَيَقْدَمُ عِتْقُهَا عَلَى الدِّيُون.

انظر : روضة الطالبين ٣١٠/١٢، شرح جلال الدين المحلي مع حاشيتي قليوبي وعميرة ٣٧٥/٤ - ٣٧٧، أسنى المطالب ٥٠٦/٤، تحفة المحتاج ٤٢١/١٠، مغني المحتاج ٥١٤/٦، القاموس الفقهي ص ٢٥، الموسوعة الفقهية ١٦٤/٤، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية ٢٨٩/١ - ٢٩٠.

(٥) انظر : الحاوي الكبير ٤٥٢/٦ - ٤٥٣، المهذب ٣٤٢/١، بحر المذهب ٨٥/٨ - ٨٦، فتح العزيز ٣٦٧/١٠، روضة الطالبين ٢٤٦/٤، مغني المحتاج ٢٠٣/٣.

(ج) : أنه .

(م) : أداء .

